

DA UNIÃO ILEGÍTIMA E DA PROLE ILEGÍTIMA NO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL(*)

Joaquim de Sylos Cintra
Desembargador

Conceito de concubinato

1. O concubinato é a união entre o homem e a mulher, sem o casamento. É constituído, essencialmente, por relações íntimas durante um tempo que baste a tirar-lhe a característica de um fato accidental.

2. Não se pode negar que o concubinato sempre existiu, precedendo o matrimônio e, mesmo, coexistindo com êle.

O concubinato na Bíblia

3. Na Bíblia, a concubina é apresentada como uma espôsa inferior. Embora o matrimônio fôsse instituído por Deus, sob a forma monogâmica, desde tempos imemoriais, a poligamia foi tolerada, através de sua prática pelos patriarcas e, mais tarde, também, pelos reis e nobres. Tolerada, sim, mas com reprovação. O rei Salomão, que, além da filha de Faraó, rei do Egito, amou, apaixonadamente, muitas, mulheres estrangeiras e a elas se uniu com ardentíssimo amor, como está contado no 3º L. dos reis (11, 1-4), chegando a ter setecentas mulheres que eram como rainhas e trezentas de categoria secundária, tôdas a lhe perverterem o coração, sofreu a ira do Senhor por não haver guardado os mandamentos que lhe

(*) Palestra no Ciclo de Estudos.

foram ordenados. No 2º L. de Samuel (3,2-5) há menção a que muitos nobres e especialmente reis tinham muitas mulheres e concubinas. Contudo, os grandes patriarcas, Adão, Noé, Isaac, só se casaram uma vez, havendo referências dos profetas ao casamento como símbolo de união entre Deus e seu Povo, com advertência aos judeus a respeito do ideal da unidade do matrimônio (Gênesis 2.23). No Deuteronômio (17,17), Moisés, falando do rei e dos seus deveres, afirmou: Não terá muitas mulheres que lhe atraíam o coração". E a experiência da poligamia entre o Povo Escolhido e entre os pagãos demonstrou o seu inconveniente e males, restituindo o Senhor, com a sua autoridade, no Novo Testamento, a sua pureza monogâmica e indissolúvel. Conta-nos São Marcos (Evangelho 10,2-12) que Jesus ao responder à interpelação dos fariseus sobre a licitude do marido repudiar sua mulher, recomendada por Moisés, foi incisivo em dizer: Por causa da dureza de vosso coração é que êle vos deu êsse mandamento. E reafirmou, então, a forma monogâmica do casamento, quando disse que Deus criou um só homem e uma só mulher. Por isso, acrescentou, deixará o homem seu pai e sua mãe e se juntará à sua mulher e os dois serão uma só carne. E assim não são mais dois, mas uma só carne. Portanto, concluiu, incisivamente, não separe o homem o que Deus juntou. Criado como comunidade indissolúvel, foi o casamento elevado à dignidade de sacramento e constitui em nossos tempos, o fundamento da família legítima e a base da organização social.

O concubinato na antiga Roma. 4. Na antiga Roma, o matrimônio só podia ser celebrado entre os que tinham qualidade de cidadãos romanos, de maneira que as uniões entre pessoas de outras categorias sociais ficavam à margem da proteção legal. E como as instituições surgem, mantém-se e se extinguem conforme as necessidades sociais, impôs-se aos romanos o reconhecimento da existência das uniões dessas pessoas, que não podiam

celebrar núpcias legítimas. No entanto, sem embargo de se exibirem os concubinados sem descrédito, na concubinação, a mulher não participava de nenhuma dignidade da classe social do concubinário, como no matrimônio, o que evidencia que sempre se protegeu mais as situações em conformidade com a lei.

O concubinato no Império Romano. 5. O concubinato, que de um simples estado de fato, passou a ser considerado um matrimônio de segunda ordem, chegou a ter, no Império Romano, uma regulamentação legal, operando-se o seu ocaso sob a influência do Cristianismo. Nem toda união extra-matrimonial, porém, era concubinato, a produzir os efeitos que as leis romanas atribuíam a essa situação. Havia mister que se tratasse de uma união monogâmica, resultante de consentimento livre e espontâneo de mulher púbere, mantendo os concubinos vida em comum e continuamente. A continuidade das relações era uma das diferenciações entre o concubinato e o estupro, que resultava de relações passageiras e acidentais. As mulheres, no concubinato, além de não participarem da dignidade do concubinário, não tinham direito a dotes, nem podiam receber doações e não se lhes aplicava o regime de bens dos casados. E os filhos consideravam-se ilegítimos tomavam o nome da mãe e seguiam-lhe a condição, embora, em evolução posterior, tenha surgido a oportunidade de sua legitimação com direito a uma sucessão “ab intestato” de forma restrita.

O concubinato e a Igreja. 6. O cristianismo que considerava o matrimônio um sacramento, combateu o concubinato em razão de sua imoralidade, embora, nos primeiros séculos da era Cristã, a Igreja o houvesse tolerado e, até mesmo, reconhecido. O primeiro Concílio de Toledo admitiu a sua legalidade, esclarecendo os canonistas que os antigos textos dos antigos teólogos romanos não contemplavam o concubinato propriamente dito mas as “justa nuptioe” celebradas com omissão de alguma das for-

malidades das “tabuloe nuptiales”, o que lhes dava o caráter de irregular, sob o ponto de vista da lei civil, valendo, porém, em face do Direito Canônico.

O concubinato na Idade Média. 7. Na idade Média, pretenderam os Glosadores encontrar pretexto à ilegalidade do concubinato, chegando Bartholo a reclamar a legitimidade dos filhos nascidos de uniões livres. A solução não logrou acolhida, dado o predomínio da Igreja, quer no campo político, quer no campo jurídico. Desde então, o concubinato não só foi considerado um simples estado de fato e até mesmo um delito. O Concílio de Trento (1563) ditou severas penas contra os concubinos e, por isso, nem os autores, nem a jurisprudência admitiam outra união entre o homem e a mulher senão através do matrimônio. Oportuno recordar as maldições que então foram ditas:

“Se Alguém disser que é lícito aos cristãos possuir, ao mesmo tempo, várias mulheres e que isso não seja proibido por nenhuma lei divina (Mt. 19,4-9), seja anátema”.

“Se alguém disser que por causa de heresia, por coabitação molesta ou por culpável ausência do cônjuge, o vínculo do matrimônio pode dissolver-se, seja anátema”.

“Se alguém disser que a Igreja erra quando ensinou e ensina que, conforme a doutrina do Evangelho e dos Apóstolos (Mc 10 e 1 Cor. 7), não se pode dissolver o vínculo do matrimônio por razão de adultério de um dos cônjuges; e que nenhum dos dois, nem mesmo o inocente, que não deu causa para o adultério, pode contrair novo matrimônio, enquanto viva o outro cônjuge e que adultera também o que depois de repudiar a adúltera, se casa com outra como a que depois de repudiar o adúltero se casa com outro, seja anátema”.

E compendiando essas disposições, proclama o Código de Direito Canônico: “O matrimônio válido contraído e consumado não pode ser dissolvido por nenhum poder

humano, nem por nenhuma causa, senão pela morte (art. 1.118).

O concubinato e a Revolução Francesa. 8. Com a Revolução Francesa partiu-se para uma completa assimilação entre a união livre e o casamento. As leis que foram votadas da secularização do casamento e da facilitação do divórcio tornaram possível os casamentos e os divórcios por mero capricho, com reflexos danosos na integridade da família e na situação dos filhos, sacrificados ao egoísmo dos pais. Direitos iguais tinham os filhos legítimos e os ilegítimos e o concubinato chegou a valer como estado legal. Não tardou, porém, a reação que se fez sentir na elaboração do Código Napoleão ou Código Civil dos Franceses, no qual não se encontrava nenhuma alusão ao concubinato, que surgiu, apenas, quando se modificou o art. 340 para permitir a investigação de paternidade no caso, entre outros, de o pretenso pai e a mãe terem vivido em estado de concubinato notório durante o período legal da concepção, conservando-se a proibição de investigar a paternidade adulterina.

O concubinato após a 1ª guerra mundial. 9. A guerra de 1914-1918, observa *Leclercq*, criou na França sérias situações que obrigaram a elaboração de leis de reconhecimento de certos direitos e vantagens à concubina, que era chamada eufemisticamente, de companheira e aos filhos nascidos das uniões livres. Foi o caso, notadamente, das indenizações às viúvas ou esposas de militares e das leis sobre locação. Houve acôrdo na jurisprudência quanto ao reconhecimento dos direitos das concubinas no caso de indenização por morte dos concubinários. Tratava-se, bem de ver, de proteger concubinas "honestas" que viviam num mesmo lar, sem ligação legal com o militar e em condições satisfatórias de moralidade. A valorização moral e legal do concubinato, acentuou-se, revela *Cunha Gonçalves* ("Trat. de Direito Civil", v. VI, pág.105), na legislação de guerra de alguns países. Assim, na França, a

Lei de 5-8-1914 concedeu socorros às concubinas dos soldados, como às mulheres casadas; o Dec. de 3-8-1917 reconheceu àquelas o direito à conta do consumo de pão; a Lei de 9-3-1913 sobre inquilinato deu às concubinas dos mobilizados as garantias que estas tinham; e o Dec. de 30-4-1920 concedeu às mães de filhos ilegítimos o prêmio de natalidade, que a Lei de 14-7-1913 estabeleceu a favor das famílias numerosas. Com razão, porisso, alguns jurisconsultos julgavam que estas medidas contribuíam para que pessoas ignorantes considerassem a união livre como um casamento de segunda ordem, com prejuízo do verdadeiro casamento, e com graves inconvenientes sociais. A Côte de Montpellier aludia aos direitos da concubina “titrée” que levasse conduta regular e se comportasse como se fôsse espôsa legítima. E o movimento de desagregação da família continuou a crescer na Europa, como nos Estados Unidos, onde um juiz, *M. Ben Lindsay* chegou a propor, em 1927, tocado de emoção pela revolta da juventude contra a moral tradicional, a instituição de um casamento legal, com exclusão de filhos e que se dissolvesse facilmente (marriage de compagnonnage) e se transformasse em casamento de “família”, se os companheiros continuassem a se amar e se à sua união sobreviessem filhos. Na mesma época, um professor suíço, *M. Duprat*, propôs, no interesse da mulher e dos filhos, que se desse às uniões de fato, resistentes à prova do tempo, o efeito de uma união legal. Ambos, o professor suíço e o juiz americano, fiéis às tradições da vida social e adeptos da instituição da família, acreditavam poder salvá-la, compondo-se com os novos costumes, sem alcançar, conforme crítica de *Lefebvre*, nenhum resultado. Antes, só podiam favorecer as uniões ilegais.

Reação contra o amor livre. 10. O movimento em prol do direito ao amor livre sofreu, a partir de 1950, forte resistência, sob o influxo de uma espécie de instinto de conservação. Observou-se uma reação espontânea de vigor,

social principalmente na América do Norte, onde, a par das manifestações escandalosas de *Kinsley*, em favor da liberdade sexual, instalam-se movimentos de estudos sobre a família ameaçada pela multiplicação dos divórcios. Fazem-se pesquisas que revelam uma tendência favorável à tradição da família, surgindo a opinião de que a melhor preparação para o casamento reside na castidade e que as melhores condições de felicidade conjugal estão na fidelidade e na estabilidade da união entre os cônjuges, conforme ficou apurado, em 1948, em publicação especial do *L'American Journal of Sociology*. A opinião pública manifestou o seu desejo de que a vida sexual estivesse ligada ao casamento e que nêle sofresse a sua explosão. Junto aos Tribunais de Divórcio, foram criados serviços sociais para estudar os casos dos demandantes da dissolução do vínculo conjugal e procurar obter a reconciliação dos casais desavindos. Clínicas de Casamentos passaram a existir para aconselhar os esposos em divergência e a Associação Americana de Higiene Social por considerar, a juízo dos seus especialistas, a importância fundamental da educação sexual na formação humana, promove cursos de preparação para o matrimônio, nos colégios e nas universidades com a preocupação de fazer compreender o sexo como coisa séria no tocante à pureza do amor e à sublimidade da união conjugal. O individualismo nas relações sexuais significa o caos social. Os grandes problemas do sexo não devem ser resolvidos conforme os desejos de cada indivíduo, pois, referem-se a grupos sociais, à família, à comunidade e à raça. Nos meios cristãos da França, desenvolvem-se movimentos de revalorização da família, com o apôio de jovens que fazem profissão de fé na preservação de sua castidade para o casamento que era procurado como uma via de santificação. O movimento do direito ao amor é tendência do passado, representando a propensão atual a volta à família. Essa propensão já se traduz no Direito.

Na Declaração dos Direitos do Homem da ONU está afirmado que a Família é o elemento natural e fundamental da sociedade e idêntico preceito está inscrito em outras Constituições. Na França, as associações familiares são reconhecidas pelo Estado, perante o qual estão representados pela Union Nationale des Associations de Familles; na Bélgica foi criado o Conseil Supérieur de la Famille e, em diversos países existem Ministérios da Família.

O concubinato na Rússia. 11. Com a chegada dos comunistas ao poder na Rússia, romperam-se os princípios religiosos que regulavam o casamento, embora a reforma nesse sentido houvesse encontrado resistência num povo religioso que não podia facilmente acomodar-se com uma nova ordem contrária ao seu pensar tradicional. O Código Russo de 1923 previa uma cerimônia muito simples para a celebração do casamento, perante o oficial do Registro Civil, consistindo na inscrição das declarações escritas ou verbais das pessoas desejosas de se unirem legalmente mediante simples demonstração de suas identidades. E mais fácil era o divórcio, bastando que um dos cônjuges se apresentasse perante o oficial público para declarar a sua vontade de se desligar do compromisso anteriormente assumido e a sua declaração seria de imediato inscrita e enviada ao outro cônjuge. Pelo Código de 1927, já não se exigia, como condição essencial para a validade do casamento, a sua inscrição. Não existindo essa prova preconstituída, poder-se-ia provar a união por certos fatos conforme o arbítrio do juiz: habitação em comum e uma comunidade econômica resultante dessa coabitação (art. 12). Era o reconhecimento da união livre, com a intenção de proteger a mulher e os filhos, em face do abandono a que eram relegados, existindo em cada subúrbio de Moscou um Tribunal de Alimentos para acolher as mulheres abandonadas a reclamar pensão alimentícia ao pai verdadeiro ou presuntivo de seus fi-

lhós. E como um homem podia estabelecer concubinação com várias mulheres, a obrigação de alimentar a que êle se sujeitava podia ultrapassar o limite do seu salário, conhecendo-se o caso de um "camarada", segundo informação do Pravda, que havia contraído 119 uniões livres, com centenas de filhos a reclamar, certamente, em vão, contra a infelicidade do seu abandono.

O Estado Soviético e a sua volta às idéias conservadoras sobre a instituição da família. 12. O Estado soviético, que no início da era revolucionária via com desconfiança a instituição da família passou a ter idéias conservadoras a respeito dessa instituição milenar. Já se fala na Rússia na profunda significação social do casamento e da família e elogios se fazem, nas revistas literárias, aos romancistas que apresentam em suas obras os bons exemplos de sólidos casamentos de amor, enquanto se profligam, severamente, os romances em que são retratados lares desfeitos. O casamento de fato foi abolido na União Soviética desde os decretos do Presidium 8-7-1944 e 15-3-1945, com introdução de providências destinadas a fortalecer o matrimônio tradicional. A sociedade russa sofreu uma drástica modificação com a exigência dos registros matrimoniais como a única forma de união entre o homem e a mulher, alterando-se a atitude do Estado em relação ao divórcio, com a designação de uma Côrte de Conciliação para os casais desajustados.

O casamento e o divórcio na Rússia atual. 13. O empenho, hoje, das autoridades russas, através do Birô de Matrimônio é de impedir os casamentos condenados ao fracasso, submetendo os noivos a um noivado forçado, enquanto aguardam a necessária autorização para o casamento, acontecendo que 10% dos postulantes a essa autorização não comparecem à cerimônia no dia designado. E a realização do casamento se faz com imponência, existindo dois palácios de mármore em Moscou

destinados à cerimônia na qual se exigem flôres, champagne, vestido branco da noiva, alianças e o sentimental discurso congratulatório. Em resultado disso, o índice de divórcio que na Rússia era o maior do mundo está reduzido, conforme recente informação jornalística, a 1,5% enquanto nos Estados Unidos mantém-se na altura de 2,2%.

Causas do concubinato. 14. Para *Pierre Guenard* (“Les effets juridiques de l’union libre en jurisprudence”) as causas da concubinação são de ordem psicológica e moral, e, também, de ordem econômica e social. O desvio da destinação do matrimônio, quando é procurado por interesse na situação social ou econômica de um dos consortes ou por mera atração física, sem a devida preparação, favorece, indiretamente, a união livre porque conduz ao desajuste matrimonial e à necessidade de uma segunda ligação irregular. O fato de um homem ter de aguardar por longo tempo uma situação econômica estável para constituir família legítima, leva-o, muitas vezes a uma união ilegítima; àqueles que nada possuem, afigura-se desinteressante e desnecessário o casamento e lançam-se ao concubinato; o cinema, a má literatura e o mau teatro, enfraquecendo os sentimentos religiosos e os laços familiares, influem, também, na proliferação da concubinação; finalmente, a negligência, a ignorância e as dificuldades de ordem financeira conduzem muitos à união ilegal sem o deliberado propósito de evitar a legalização dessa união. Há de se impedir o concubinato com a eliminação de suas causas através de estímulos ao casamento, com a gratuidade de sua celebração em certos casos, sendo inadmissível a facilitação das legitimações de filhos, nascidos de uniões ilegítimas em nome de uma justiça social que não pode prevalecer em detrimento da instituição da família.

A legalização do concubinato. 15. *Pondera Leclercq*, de quem colhi os melhores conceitos expendidos neste

despretencioso trabalho, que a legalização do concubinato só poderia ser focalizado se fôsse possível admitir o reconhecimento legal sem a aprovação moral. A civilização cristã é uma civilização de preocupações morais, que funda o direito não nos fatos usuais, mas, sobretudo, na regra moral. Eis porque, no que concerne ao direito de família ela recusa sancionar os direitos e as obrigações que resultem das relações extra-legais. A sociedade cristã não admite "modus vivendi" com a imoralidade, que é um inimigo que se deve combater. Se para evitar um grande mal resigna-se a tolerá-lo, fá-lo como simples tolerância que consiste em ignorar o mal sem passar a legalidade do seu reconhecimento que lhe facilite a existência. Não se pode dissimular as conseqüências desse fato. No domínio das relações imorais os homens encontram-se libertos, entregues a uma espécie de estado natural no qual se forma um código de honra bárbaro, sem sanção que obrigue à sua submissão. Dessa situação resulta uma soma de injustiças em que os menos culpados pagam, muitas vezes, pelos verdadeiros culpados. A caridade cristã não se desinteressa de qualquer miséria, ajudando as vítimas da imoralidade como a qualquer outra vítima, mas a sociedade no seio da qual essa caridade viceja, recusa-se a criar instituições legais de proteção a essa imoralidade, porque a colocação no mesmo plano do moral e do imoral traz o risco de se fazer esquecer a diferença entre eles e o perigo que daí resultaria à ordem social e para o bem comum seria maior que o perigo das injustiças que decorrem do ato imoral.

Repúdio à inovação de se atribuir o direito sucessório à concubina, prevista no projeto de Código Civil. 16. O concubinato que constitui, no Brasil, um fenômeno social ocorrente em zonas de escasso desenvolvimento, e, também, nos grandes centros urbanos, em conseqüência de causas diversas entre as quais podemos destacar a deseducação e miséria das populações de certas regiões do

país e a dissolução dos costumes em outras, agravadas, sempre pelo arrefecimento do espírito religioso, não é entre nós instituição de direito de família, embora a sua existência objetiva seja considerada. Pode êle ser fundamento de investigação de paternidade e a legislação social o prevê. Qualquer idéia do seu favorecimento, no direito de família, já ultrapassada em face à moderna sociologia, é passível de severa repulsa. Os conceitos jurídicos, ensina *Humberto Pinto Rogers* (El concubinato y sus efectos jurídicos - Santiago - Chile) postos ao serviço das necessidades humanas não podem divorciar-se dos princípios morais fundamentais nos quais se ampara a sociedade. É certo que o direito é uma ciência viva, reguladora da convivência social, mas é evidente, também, que essa convivência exige o respeito a certas regras morais, cuja transgressão atenta contra a finalidade do próprio direito. Se há de se procurar uma fórmula equânime de harmonia dêsses conceitos com o concubinato, que é uma realidade da vida, embora atentatória da moral, essa harmonia não pode ser obtida pelo reconhecimento de um direito que transformaria um estado de fato, reprovado pela sociedade, numa situação jurídica. As injustiças derivadas da proibição legal do concubinato já tem sido corrigidas por uma humana e inteligente jurisprudência pela aplicação dos princípios gerais de direito referentes ao ressarcimento do dano, ao enriquecimento sem causa e à sociedade de fato. Aos Tribunais caberá determinar os efeitos jurídicos da união livre. Para satisfazer os anseios dos que querem ver êsses efeitos jurídicos cristalizados em norma legal, a III.^a Conferência Nacional de Desembargadores, a par do seu repúdio à idéia de se atribuir o direito sucessório à concubina, chamada de companheira, recomendou a inclusão no Código das Obrigações da seguinte norma: "A concubina terá direito ao recebimento do que lhe fôr devido, em virtude de sociedade de fato mantida com o concubinário, bem como a

uma indenização pela colaboração que lhe tenha prestado, inexistindo a prova da sociedade". Acolheu-se, com alguma ampliação o entendimento já admitido pelo Supremo Tribunal Federal e consubstanciado na súmula 380 assim redigida: "Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum". Melhor seria, a, meu entender, que se recomendasse um acréscimo do Cap. I do Tít. XII do Código das Obrigações, que trata do enriquecimento sem causa, de um dispositivo que garantisse à concubina o reconhecimento de sua participação no patrimônio do concubinário a cuja formação ou desenvolvimento houvesse contribuído com o seu esforço durante o tempo de uma convivência "more uxorio". Afora essas concessões, todo o nosso esforço deve dirigir-se no sentido de abolir as causas de um mal que nos infelicita e ameaça de desagregação a família legítima.

Da prole ilegítima. 17. Os filhos de um matrimônio legal são legítimos e dotados de específicos direitos de herança e sucessão; mas, os filhos do concubinato são ilegítimos, embora, em algum sentido sejam possuidores de direitos legais. A história de Agar (Gên. 21,10) e a narrativa das doações de Abraão aos filhos de suas concubinas exemplificam essa distinção, que vem, portanto, desde os tempos bíblicos.

18. Agar, a Egípcia, foi dada a Abrão (e assim êle a princípio se chamava) por sua mulher Sara, que era estéril, para que lhe gerasse um filho. E tendo ela concebido, foi repudiada por sua senhora, mas voltou para junto dela por ordem do Senhor Deus. E Agar deu um filho a Abrão que passou a chamar-se Abraão e iria ser pai de muitas gentes. Por benevolência do Senhor, porém, Sara, aos 90 anos de idade, também deu à luz um filho - Isaac, que foi escarnecido pelo filho da escrava egípcia - Ismael. À vista disso, Sara ordenou a Abraão que expulsasse

Agar e seu filho, que êste não havia de ser herdeiro como Isaac”. Êste falar (Gen. 21,11) foi duro para Abraão por causa de seu filho Ismael. Deus porém lhe disse: Não te pareça áspero tratar assim o menino e a tua escrava. Atende Sara em tudo o que ela te disser, porque de Isaac sairá a descendência que há de ter o teu nome. E Abraão deu tudo o que possuía a Isaac, distribuindo dádivas aos filhos das mulheres secundárias.

19. Os filhos ilegítimos diferenciam-se em dois grupos: a) os simplesmente naturais que são os nascidos de pai e mãe não casados mas que ao tempo da concepção ou do parto não tinham impedimentos dirimentes absolutos para se unirem legalmente; b) os que não tem essa condição. Nas legislações do tipo clássico observa o Desemb. *Cordeiro Fernandes*, em excelente estudo que fez em torno ao momentoso assunto e que já está publicado sob o título – “A projetada reforma de Códigos”, o critério dominante é o do reconhecimento tão só dos filhos naturais. O Código Civil espanhol atribui aos filhos incestuosos e adulterinos unicamente o direito de exigir alimentos de seus pais que estão obrigados a prestar-lhes não só o necessário a sua subsistência bem como a ensinar-lhes o ensino primário e profissional, arte ou ofício (art. 143 do Cód. Civ. espanhol). Na Itália, a qualidade de filho adulterino não pode ser verificada e em nenhuma hipótese será admitido o reconhecimento em contraste com o estado de filho legítimo. E o filho adulterino conserva o seu estado de filho legítimo se nascido de mulher casada enquanto o marido não exercita, vitoriosamente a ação de recusa da paternidade. No direito francês vigora, com algumas modificações o princípio da presunção de legitimidade do filho nascido na constância do matrimônio. A lição de *Colin et Capitant* é incisiva; quando se tratar de estabelecer a ilegitimidade de um filho, oriundo de mulher casada, nas condições que dão lugar à aplicação da presunção “*Pater is est*” é princípio que o direito de

agir pertence exclusivamente ao marido. Num caso excepcional, os herdeiros do marido podem fazê-lo e é quando este falece antes de ter feito a sua reclamação, havendo, ainda, prazo útil para o fazer, prazo aliás, ultra breve. Fora deste caso, ninguém poderá fazê-lo, estando todos os interessados desarmados pela inação do marido. Sequer poderão expulsar o intruso da família mesmo quando estejam em situação de provar os fatos de que a lei faz resultar a possibilidade de recusa ("Cours", tomo I, 11.^a edição n.º 555). Com o advento da lei de 15-7-1955, o art. 342 do Código Civil francês passou a admitir que os filhos nascidos de uma relação incestuosa ou adulterina reclamem alimentos sem que a ação tenha por efeito proclamar a existência de um laço de filiação, cujo estabelecimento continua proibido. E o princípio da presunção de legitimidade está mantido no ante projeto do Código Civil francês, tendo a comissão de reforma levado em conta, como salienta *Julliot de la Morandière*, a evolução dos costumes e as necessidades nascidas das transformações que o desenvolvimento das técnicas e da instrução impuseram à vida dos indivíduos e dos grupos sociais, propondo soluções tendentes a precisar e orientar essa evolução. Mas considerou, também, que o quadro tradicional desta vida deverá ser mantido, conservando-se, porisso, os princípios fundamentais da tradição francesa, na elaboração dos quais contribuíram as grandes correntes que construíram a nossa civilização os velhos costumes ancestrais, a contribuição greco-latina a moral cristã, o direito canônico e o pensamento dos filósofos.

A filiação ilegítima no direito brasileiro. 20. Em nossa legislação civil, a filiação paterna está baseada, também, numa presunção derivada do casamento da mãe. Essa presunção é antiga e já fôra estabelecida pelos Romanos num texto célebre (*Pater is est quem nuptiae demonstrant*), cuja doutrina foi reproduzida no art. 312 do Código Napoleão: "O filho concebido durante o casamen-

to tem por pai o marido. Poderá êste, contudo, denegar o filho se provar que durante o tempo decorrido entre o 300.º e 180º dia antes do nascimento dêsse filho estava êle, seja por causa de afastamento, seja por efeito de qualquer acidente, na impossibilidade física de coabitar com sua mulher. A mesma presunção vigora no direito brasileiro, cabendo, privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher, nos prazos previstos de dois meses, contados do nascimento, se presente a êsse acontecimento ou de três meses, se ausente ou lhe houverem ocultado o fato, contado o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, ou da data em que ou tiver tido conhecimento do referido fato, na hipótese de sua ocultação. Essa paternidade presuntiva vem sendo afirmada e reafirmada e nela repousa, segundo o magistério de *Caio Mário da Silva Pereira* (um dos membros da comissão revisora do projeto de Código Civil) a tranqüilidade familiar a paz social, que a lei resguarda e tem resguardado, atribuindo-lhe valor soberano. As drásticas soluções que têm sido propostas ao problema do filho ilegítimo não podem ser havidas como injustas a sêres inocentes, como se tem sustentado. Nesse particular dois aspectos devem ser destacados, conforme esclarece *Leclercq*: o de se referir o problema a um ser humano, com direitos fundamentais, que devem ser respeitados; o de constituir um fato social, a ser examinado com o rigor das regras morais. O estado de filho ilegítimo não há de ser considerado uma punição porque decorre de um fato natural, tal como não há punição em relação à criança que é pobre porque seus pais são pobres ou doentes em decorrência de uma tara hereditária. Impõe-se, acima de tudo, a preservação da instituição da família que é garantia de tãda sociedade civil bem ordenada. Não será unicamente para amparar o ser humano, que tem direito a tãda proteção e assistência, sem razões outras de ordem moral, sociológica ou jurídica.

ca que se deve modificar os quadros legais de um problema social que está a exigir, apenas, medidas complementares que assegurem aos filhos ilegítimos o necessário amparo legal que lhes garanta, da parte dos responsáveis pelo seu nascimento, uma assistência integral. A equiparação, em qualquer grau, dos filhos ilegítimos aos legítimos só danos trará à instituição do casamento. De que valerá prender-se a regras e formalidades, indaga *Geny* (*L'enfant naturel et la famille*), que só trazem incômodo, se o mesmo resultado se pode obter livrando-se delas?

A filiação ilegítima no projeto de Código Civil. 21. O projeto de lei nº 3.263 de 1965, que institui o Código Civil, em tramitação pelo Congresso Federal, encerra a respeito da legitimação dos filhos algumas normas que estão a merecer reparos no que tange à sua redação e mesmo ao seu conteúdo. Assim é que o art. 193, com a seguinte redação: "A presunção legal de legitimidade da prole não cede só pelo adultério da mulher que vive sob o mesmo teto com o marido, nem pela confissão de ser filho adulterino", é passível de crítica, já assinalada em trabalho do Tribunal de Justiça, pela redação confusa que apresenta. Melhor seria que se conservasse o desdobramento da norma como está no atual Código Civil nos seus artigos 343 e 346. Merecedora também de formal repulsa a norma do art. 224: "Se os cônjuges estiverem separados de fato e da mulher nascer filho, a presunção de paternidade pode ser ilidida por prova em contrário". Contém ela uma perigosa exceção ao princípio da presunção de legitimidade que deve predominar e tem predominado nas legislações mais avançadas, no interesse da tranquilidade e da paz social. No tocante, ainda, ao reconhecimento dos filhos adulterinos, após a dissolução da sociedade conjugal, prevista nos artigos 221 e 222 do projeto a sua assimilação à filiação natural não pode ser total, sendo preferível manter-se a legislação vigente, in-

clusive a lei 883 de 21 de outubro de 1949, cuja redação é mais precisa. Finalmente, é grande o inconveniente de se equipararem os filhos ilegítimos aos legítimos para efeitos sucessórios (art. 693), cabendo, aqui, repetir a indagação de *Geny*: de que valerá constituir família legítima se a lei coloca-a no mesmo plano da ilegítima?

O imperativo da manutenção do casamento indissolúvel como fundamento da família, base de uma sociedade bem organizada. 22. É imperativo de defesa da integridade da família, a manutenção do casamento indissolúvel que é exigência autêntica de um nobre amor. Amor que por sua natureza é absoluto. Absoluto no tempo: as suas promessas são eternas; absoluto no exclusivismo: com o mesmo amor não se amam três, pois a intensidade do fluxo e refluxo efetivos não pode oscilar senão entre dois; absoluto na totalidade da doação, porque o amor é doação recíproca, irrevogável e completa de duas almas (*Leonel da Franca*).

BIBLIOGRAFIA

- Olavo de Castro* – “Dicionário de Derecho Privado”- 1950.
Pierre Guénard – “Les effets juridiques de l’union libre en jurisprudence.”
Humberto Pinto Rogers – “El concubinato y sus efectos juridicos – Santiago – Chile 1942.”
José Arias – “Derecho de Familia”.
Jacques Leclercq – “Léçons de Droit Naturel”, v. 3, La Famille – 1950.
L. Cunha Gonçalves – “Tratado de Direito Civil”, v. VI, t. II.
Colin et Capitant – “Cours”, tomo I, 11.^a ed.